



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B**

SENTENCIA N° 2020-06-052 NYRD

Bogotá D.C. Once (11) de junio de dos mil veinte (2020)

EXP. RADICACIÓN:	250002341000 2015 01056 00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	AVANTEL SAS
DEMANDADO:	MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES
TEMAS:	Sanción administrativa por pago extemporáneo de contraprestaciones - infracción a las normas en que debía fundarse/violación al principio de confianza legítima
ASUNTO:	Sentencia de primera instancia

MAGISTRADO PONENTE: MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN

Vista la constancia Secretarial que antecede, procede la Sala a pronunciarse de fondo sobre las pretensiones de la demanda, señalando previamente que se ha efectuado el control de legalidad y no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, así mismo que la decisión se adoptará teniendo en cuenta los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1.1. Resumen de la Demanda (Fls. 1 a 25 C1).

La sociedad AVANTEL SAS en ejercicio del **medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho** y a través de apoderado judicial solicitó como pretensiones de la demanda:

“1. Que se declare la nulidad de los actos administrativos identificados como Oficio 000538 con Registro número 769125 del 6 de noviembre de 2014, del Director de

Industria de Comunicaciones del Ministerio de TIC; Oficio 000597 con registro No. 779808 del 15 de diciembre de 2014 del Director de Industria de Comunicaciones del Ministerio de TIC; Oficio 78462 con registro No. 782929 del 23 de diciembre de 2014, de la Coordinadora del Grupo de Cartera del Ministerio de TIC; y los Formularios Únicos de Recaudo de Contraprestaciones números 169406; 169407; 169408; 169409 y 169410, expedidos por el Ministerio Fondo de TIC a nombre de AVANTEL S.A.S.

2. Que a título de restablecimiento del derecho, se declare que AVANTEL no estaba obligado al pago de intereses de mora y sanciones por extemporaneidad en el pago de las contraprestaciones por concepto del espectro objeto de liberación, mientras la Resolución 427 de 2014 del Ministerio de TIC no estuviera en firme.

3. Que como consecuencia de lo anterior, las demandadas indemnicen a AVANTEL con la suma de \$765.577.000, valor que deberá ser indexado a la fecha de la sentencia que ponga fin al proceso, o en su defecto, que se ordene al Ministerio TIC reconocer como saldo a favor de Avantel S.A.S la suma –indexada- antes señalada, que podrá ser imputada al pago de otras obligaciones por concepto de contraprestaciones.

4. Que, de conformidad con el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, la anterior suma de dinero devengue intereses moratorios a partir de la sentencia, en los términos previstos en el numeral 4 del artículo 195 de la mencionada Ley.

5. Que se condene en costas a la Nación - Ministerio - Fondo TIC.”

Los hechos que fundamentan el libelo de la demanda son:

- Mediante Resolución 449 del 11 de marzo de 2013, el MINTIC estableció los requisitos y el procedimiento para otorgar permisos, mediante subasta, para el uso de hasta 225 MHz de espectro radioeléctrico en las bandas de 1.850 MHz a 1.990 MHz, 1.710 MHz a 1.755 MHz pareada con 2.110 MHz a 2.155 MHz y 2.500 MHz a 2.690 MHz para la operación y prestación del servicio móvil terrestre, procedimiento mejor conocido como la subasta de espectro 4G.

- Respecto a la forma de pago del espectro asignado, se dispuso en el artículo 14 de la Resolución 449 de 2013, modificado por el artículo 11 de la Resolución No. 987 de 2013 que los asignatarios de los permisos deberían pagar el valor ofertado en la subasta, de contado, dentro de los 30 días calendario siguientes a la fecha de ejecutoria del acto mediante el cual se otorgara permiso. Sin embargo, respecto de los segmentos de espectro que presentaban ocupación parcial por las emisiones del Comando General de las Fuerzas Militares, dispuso que los asignatarios deberían proceder a la liquidación y pago por concepto de este espectro, dentro de los 30 días calendario siguientes a que el Comité de Migración certificara la liberación de tal recurso.

- Efectuada la subasta de espectro 4G en el año 2013, participaron y resultaron asignatarios de permisos los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones: Comcel S.A; Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P; la Unión Temporal conformada por Colombia Móvil S.A. y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A.; DIRECTV S.A. y AVANTEL SAS.

- En el caso de AVANTEL, el MINTIC otorgó el permiso para el uso de unas bandas

de frecuencias del espectro radioeléctrico al interior de la Banda de 1710 MHz a 1.755 MHz pareada con 2.110 MHz a 2155 MHz para la operación y prestación de servicios móviles terrestres, mediante la Resolución 2627 del 26 de julio de 2013, de carácter particular y concreto. El artículo sexto de esta Resolución, estableció la forma de pago aplicable por el uso del espectro radioeléctrico otorgado.

- AVANTEL SAS interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución 2627 de 2013, el cual fue resuelto por el Ministerio TIC mediante la Resolución 4120 del 26 de octubre de 2013, y una vez en firme esta, AVANTEL procedió a realizar el primer pago por la suma de OCHENTA MIL CIENTO CUARENTA Y SIETE MILLONES TREINTA Y OCHO MIL VEINTINUEVE PESOS (\$80.147.038.029), dentro del término establecido en el numeral primero del artículo sexto del mismo, quedando pendiente el pago del espectro que fuere objeto de liberación, en los términos del numeral segundo del artículo sexto.

- Antes de que el Comité de Migración certificara la liberación de espectro alguno, el Ministerio TIC decidió modificar, de oficio, cada uno de los permisos particulares y concretos de los asignatarios, en el sentido de i) autorizar el uso del espectro en los términos de los respectivos permisos, previa la implementación de soluciones temporales; y ii) modificar la forma de pago del espectro que fuese objeto de liberación. En efecto, en el caso de AVANTEL, el Ministerio modificó el permiso que había sido conferido mediante la Resolución 2627 de 2013 (sin la autorización previa de AVANTEL), a través de la Resolución 427 del 6 de marzo de 2014, también de carácter particular y concreto, en el sentido de:

a) Corregir el literal a) del artículo duodécimo de la Resolución 2627 de 2013, con respecto a los porcentajes de los costos de migración a cargo de cada uno de los asignatarios de permisos para el uso del espectro radioeléctrico, beneficiarios del proceso de subasta 4G;

b) Autorizar a AVANTEL de acuerdo con su respectivo el uso de las frecuencias en el rango de 1,710 MHz a 1,755 MHz pareada con 2.110 MHz a 2.155 MHz, en zonas afectadas por emisiones del Comando General de las Fuerzas Militares, previa la implementación de soluciones temporales aceptadas por éste e implementadas por uno, alguno o todos los asignatarios responsables de la migración de redes;

c) Modificar el numeral 20 del inciso segundo del artículo sexto de la Resolución 2627 de 2013, con respecto a la forma de pago de las contraprestaciones por concepto del uso del espectro.

d) modificar el literal e) del artículo undécimo de la Resolución 2627 de 2013 con respecto al alcance del cumplimiento de la meta de la obligación de penetración de internet inalámbrico.

- El artículo 3 de la Resolución 427 del 6 de marzo de 2014 modificó expresamente

el numeral 20 del inciso segundo del artículo sexto de la Resolución 2627 de 2013, al señalar en el párrafo que *"Los incisos primero y tercero del artículo sexto de la Resolución 2627 de 2013 no sufren modificación alguna"*.

- AVANTEL se notificó por aviso de la mencionada Resolución 427 e interpuso contra ella recurso de reposición mediante Memorial VPJ111-14 del 9 de abril de 2014, resuelto mediante la Resolución 1402 del 27 de junio de 2014, notificada a AVANTEL el 14 de agosto del mismo año. Su artículo 4, sin embargo, resolvió que contra ella procedía el recurso de reposición dentro de los 10 días siguientes a su notificación, por haber modificado, nuevamente, el artículo 5 de la resolución 427, que modificaba el literal e) del artículo undécimo la Resolución 2627 de 2013.

- En ejercicio de tal derecho, AVANTEL mediante comunicación VPJ0248-14 del 29 de agosto de 2014, radicado en el Ministerio de TIC bajo el número 625691 del 1 de septiembre de 2014, interpuso recurso de reposición contra la Resolución 1402 del 27 de junio de 2014, el cual a su turno fue resuelto mediante la Resolución 3125 del 5 de noviembre de 2014, notificada por aviso a AVANTEL el 23 de diciembre de 2014. El artículo tercero de la resolución 3125 modificó, nuevamente de oficio, el artículo 4 de la resolución 427, modificadorio del artículo undécimo de la Resolución 2627 de 2013, sin que dicha modificación obedeciera al recurso pero en esta oportunidad el artículo quinto de la Resolución 3125 dispuso que no procedía recurso alguno.

- Habiendo existido una nueva modificación, de oficio al artículo 4 de la resolución 427, modificadorio del artículo undécimo de la Resolución 2627 de 2013, AVANTEL mediante comunicación VPJ-0001-15 del 5 de enero de 2015, interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución 3125 de 2014, expresando sus motivos de inconformidad sobre la modificación nueva y oficiosa, sin que hasta la fecha el MINTIC haya notificado determinación alguna a AVANTEL.

- De conformidad con lo descrito en los numerales anteriores, la Resolución 427 del 6 de marzo de 2014, modificatoria del numeral 2 del inciso segundo del artículo sexto de la Resolución 2627 de 2013, no se encuentra en firme de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 87 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo CPACA, y en consecuencia, no ha adquirido fuerza ejecutoria, y por ende efectos, en relación con AVANTEL.

- Manifiesta que desde el 10 de julio de 2014, mediante Oficio identificado con el número 00326 y con Registro No.736477, el Director de Industria de Comunicaciones del MINTIC había informado a AVANTEL sobre la aprobación impartida por el Comando General de las Fuerzas Militares (CGFM) a la implementación de las soluciones temporales adoptadas para la liberación de espectro.

- En respuesta al Oficio anterior, mediante comunicación VPJ-0206 del 16 de julio de 2014, radicada ante el Ministerio TIC bajo el número 617607 en esa misma

fecha, AVANTEL le manifestó al Director de Industria de Comunicaciones del MINTIC que la Resolución 427 de 2014, invocada por él, no se encontraba, a esa fecha, en firme y le solicitó aclarar que las obligaciones derivadas de la misma no eran exigibles sino exclusivamente a partir de su firmeza y ejecutoria, por lo que tampoco era procedente cancelar derechos por concepto del uso de las correspondientes frecuencias.

- Haciendo caso omiso de la falta de firmeza de la Resolución 427 de 2014, el Director de Industria de Comunicaciones del Ministerio, mediante Oficio número 000404, identificado también con registro No, 744627 del 31 de julio de 2014, contestó a AVANTEL que el pago del espectro en las áreas de influencia del Comando General de las Fuerzas Militares, debía hacerse dentro de los 30 días siguientes a la certificación del Comité de Migración, en la cual se indicara que el espectro había sido liberado y se podía proceder a su uso.

- Después del 15 de julio de 2014, y sin estar en firme la resolución 427 de 2014, el MINTIC procedió a habilitar el Expediente 123218 en el Sistema de Gestión de Pagos de Contraprestaciones, y generó la expedición de los Formularios Únicos de Recaudo de Contraprestaciones FUR identificados con los números 168569; 168623; 168624 y 168625 expedidos por el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones a nombre de AVANTEL, para efectuar la liquidación y pago por concepto de contraprestaciones por el uso del espectro radioeléctrico que fue objeto de liberación, según las certificaciones expedidas por el Comité de Migración, los días 10 y 17 de junio y 15 y 18 de julio de 2014 respectivamente.

- Los FUR relacionados incluyeron en la casilla No. 13, la Resolución 1143 del 5 de junio de 2014, mediante la cual el Ministerio TIC se había limitado a modificar las Tablas No. 21 (Características de los enlaces a migrar) y 22 (Ubicación y clasificación de los sitios) del Anexo 8-Obligaciones de Migración: Comando General de las Fuerzas Militares, de que trataba el artículo duodécimo – Condiciones de migración- de la Resolución 2627 de 2013, pero que, en ningún caso, modificaba la forma de pago de las contraprestaciones asociadas al espectro liberado, cuestión de la que se había ocupado, precisamente, la Resolución 427 de 2014, cuya falta de firmeza se reclamaba.

- AVANTEL mediante comunicación VPJ-0231-14 del 14 de agosto de 2014, radicada en el MINTIC el 15 de agosto de 2014, bajo el número 622990 del 15 de agosto de 2014, hizo devolución de los Formularios Únicos de Recaudo de Contraprestaciones identificados con los números 168569; 168623; 168624 y 168625 expedidos a nombre de AVANTEL.

- Mediante Oficio 000454 con Registro número 756160 del 16 de septiembre de 2014, la Subdirectora para la Industria de Comunicaciones, dio respuesta a la comunicación de AVANTEL concluyendo que la obligación de liquidación y pago por concepto de uso del espectro radioeléctrico en relación con el espectro que se encontraba ocupado por el Comando de las Fuerzas Militares, con ocasión de la

migración de redes (y no de la solución temporal) debe hacerse dentro de los 30 días siguientes a la certificación del comité de migración, tal y como lo dispone el numeral 2 del artículo sexto de la Resolución 2627 de 2013, ratificado por el artículo tercero de la resolución 427 de 2014, toda vez que es desde esa fecha que el espectro se encuentra disponible para el uso por parte de AVANTEL.

- Mediante Comunicación VPJ-0289-14 del 24 de septiembre de 2014, radicada en ese Ministerio bajo el número 630279 en esa misma fecha, AVANTEL informó al Ministerio que, sin perjuicio de sus derechos legales, así había procedido desde el 10 de septiembre, cuando, con base en el FUR No. 168778 que le había sido expedido, había cancelado la suma de VEINTICINCO MIL CIENTO VEINTE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL PESOS por concepto del uso del espectro liberado mediante Actas de fechas 10 y 17 de junio; 15 y 18 de julio, y 5 y 22 de agosto de 2014, suma representada en i) el tiempo restante de ocupación del espectro objeto de liberación, y ii) la indexación de la suma por pagar, desde las fechas de liberación del recurso y hasta la oportunidad de pago, conforme al IPC aplicable al mes de septiembre de 2014, es decir, el IPC del mes anterior (agosto de 2014).

- El MINTIC mediante Oficio 000538 con Registro número 769125 del 6 de noviembre de 2014, notificado a AVANTEL el 7 de noviembre del mismo año, le ordena cancelar en favor de FONDO TIC intereses de mora por el tiempo transcurrido entre el momento en que las certificaciones del Comité de Migración fueron expedidas en el mes de junio de 2014 y el mes de septiembre cuando AVANTEL efectuó el pago.

- Mediante comunicación VPJ-0350-14, radicada ante el MINTIC bajo el número 641211 del 24 de noviembre de 2014, AVANTEL interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra el Oficio con registro No. 769125 del 6 de noviembre de 2014, para que el mismo fuera revocado y fuera confirmada la determinación previa del Ministerio, según Oficio 000454 con Registro 756160 del 16 de septiembre de 2014, que indicó que el pago del espectro objeto de liberación en el caso de AVANTEL, debería realizarse después de la ejecutoria de la Resolución 427 de 2014, y comportaría la indexación.

- EL MINTIC, mediante Oficio número 000597 con registro No. 779808 del 15 de diciembre de 2014, rechazó el recurso contra el Oficio con registro No. 769125 del 6 de noviembre de 2014 por improcedente al tratarse de un acto de ejecución.

- Posteriormente, el MINTIC mediante Oficio 78462 con registro No. 782929 del 23 de diciembre de 2014, la Coordinadora del Grupo de Cartera del MINTIC manifestó a AVANTEL que también debía proceder al pago de sanciones por extemporaneidad, con base en el oficio con registro 77611 del 01 de diciembre de 2014, que AVANTEL jamás ha conocido.

- El 29 de diciembre de 2014, AVANTEL realizó el pago de los Formularios Únicos de Recaudo números 169406; 169407; 169408; 169409 y 169410, por un valor total

de SETECIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y SIETE MIL PESOS (\$765'577.000), dentro de la fecha límite de pago, cuyos comprobantes fueron remitidos por parte de AVANTEL al MINTIC, mediante comunicación VPJ-0384-14 del 30 de diciembre de 2014, en la cual expresamente se manifestó que el pago realizado no constituye una aceptación de los intereses ni de las sanciones impuestas.

Los **cargos de nulidad** que invoca son los siguientes:

1. Violación de los artículos 79, 87 y 89 del CPACA

Refiere el demandante que mediante la Resolución 417 de 2014, el MINTIC modificó de oficio y sin autorización de AVANTEL el permiso conferido mediante Resolución 2627 de 2013, con respecto a la forma de pago de las contraprestaciones por el uso del espectro radioeléctrico que fuese objeto de liberación por parte del Comité de Migración, previa la implementación de soluciones temporales.

De este modo, considera que la Resolución 427 de 2014 no adquirió firmeza, pues al ser modificada varias veces mediante las resoluciones que resolvían los recursos presentadas, (Resolución 1402 y 3125 de 2014), no podía ejecutarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 89 del CPACA.

Adicionalmente, plantea que de acuerdo con el artículo 79 del CPACA los recursos se tramitan en efecto suspensivo, por lo que el acto recurrido no surte efectos mientras estos se resuelven. No obstante, el MINTIC impuso obligaciones con pago de intereses y sanciones de mora contra AVANTEL por el tiempo transcurrido entre las certificaciones emitidas por el Comité de Migración en el mes de junio de 2014 y el mes de septiembre de 2014 cuando AVANTEL realizó el pago, las cuales fueron ejecutadas mediante Formularios Únicos de Recaudo recibidos el 23 de diciembre de 2014, lo que va en contravía de lo dispuesto en los artículos 79, 87 y 89 del CPACA.

Por tanto, refiere que la entidad desconoce i) el efecto suspensivo de las resoluciones que comporta la interposición de recursos contra un acto administrativo; ii) que los actos administrativos solo quedan en firme desde el día siguiente a la notificación de la decisión que resuelve los recursos; y iii) que solo los actos administrativos en firme son los que adquieren fuerza o carácter ejecutivo y producen efectos al administrado.

2. Violación del artículo 97 del CPACA

Refiere que el MINTIC procedió a revocar la Resolución 427 de 2014, sin el consentimiento de AVANTEL mediante el oficio 000454 con registro No. 756160 del 16 de septiembre de 2014, imponiendo el pago de intereses y sanciones por el pago extemporáneo de las contraprestaciones por el tiempo transcurrido entre la

emisión de las certificaciones del Comité de migración expedidas en junio de 2014 y el mes de septiembre del mismo año cuando se efectuó el pago obligado con violación del artículo 97 del CPACA.

3. Violación del principio de confianza legítima

Considera la sociedad demandante que en virtud del principio de confianza legítima, AVANTEL tenía la seguridad de que debería pagar el valor del espectro de conformidad con las certificaciones que expediera el Comité de Migración, desde la fecha en la cual se certificó su disponibilidad, con la indexación del valor del espectro desde dicha fecha hasta el pago efectivo, no obstante, el MINTIC defraudó esa confianza al darle alcance más de mes y medio después al oficio 000454 con registro 756160 del 16 de septiembre de 2014, y ordena cancelar intereses de mora por el tiempo que transcurrió entre las certificaciones y el pago efectivo realizado.

Lo anterior por cuanto la Resolución No. 427 de 2014, no estaba en firme para la fecha en que se emitió la respectiva certificación del Comité de Migración y se encontraban en trámite los recursos interpuestos por la sociedad respecto de la modificación realizada por el MINTIC (Resolución 3125 del 5 de noviembre de 2014).

Por tal razón se vulnera la confianza establecida acerca de las condiciones de pago fijadas por el uso del espectro radioeléctrico, generando incluso pago de intereses por mora y sanciones por extemporaneidad.

4. Violación al principio *Nemo auditur propiam turpitudinem allegans*

Señala que la obligación de pago de los intereses por mora y las sanciones por extemporaneidad en el pago de las contraprestaciones por el uso del espectro obedece a una torpeza de la misma entidad, al modificar la Resolución 427 de 2013 sin autorización de la sociedad y antes de que el Comité de Migración emitiera los certificados respectivos, y además siguió expidiendo resoluciones modificatorias de la concesión inicial a sabiendas que la Resolución 427 de 2014 no estaba en firme hasta que resolvieran los recursos interpuestos.

1.2. Contestación de la Demanda (Fls. 406 a 420 CP1)

El Ministerio de Tecnologías de la Información y Las Comunicaciones - MINTIC se opone a las pretensiones de la demanda y procede a pronunciarse frente a los cargos formulados procediendo a hacer un recuento de todas las actuaciones realizadas a partir de la Resolución No. 2627 del 26 de julio de 2013, y precisando que mediante la Resolución 427 del 6 de marzo de 2014 se autorizó a AVANTEL (artículo segundo), de acuerdo con su respectivo permiso, el uso de las frecuencias en el rango de 1.710 MHz a 1.725 MHz pareada con 2.110 MHz a 2.125 MHz en las zonas que en ese momento estaban afectadas por emisiones del Comando General

de las Fuerzas Militares, según se establece en el Anexo No. 9 de la Resolución 449 de 2013, previa la implementación de soluciones temporales debidamente aceptadas por el Comando e implementadas por uno, algunos o todos los asignatarios responsables de la migración de sus redes.

Refiere que en dicha resolución se dispuso que a partir de la fecha en la que el Comando General de las Fuerzas Militares informara al MINTIC que la solución temporal implementada por el asignatario estaba operando a su entera satisfacción, cesaría para el Comando General de las Fuerzas Militares la responsabilidad de pago por el uso de dichas frecuencias y éste sería responsabilidad del asignatario que hiciera uso de las mismas, sin perjuicio de que el asignatario debiera dar cumplimiento a las obligaciones de migración contempladas en el Anexo No. 8 de la Resolución 449 de 2013, en sus modificaciones y en las Resoluciones particulares que otorgaron los permisos para el uso del espectro radioeléctrico para la operación y prestación de servicios móviles

Igualmente, manifiesta que dicha resolución en su artículo tercero adicionó un aparte al numeral 2) del inciso segundo del artículo sexto de la Resolución 2627 del 26 de julio de 2013, estableciendo que dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a que el comité de migración certificara la liberación del recurso o a que el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones manifestara por escrito a AVANTEL que había recibido información del Comando General de las Fuerzas Militares sobre la implementación a satisfacción de la solución temporal, se procedería a liquidar el valor a pagar por el uso de esos segmentos por el tiempo restante y a realizar el pago correspondiente por parte de AVANTEL con base en el valor ofertado en la subasta, indexado por el índice de Precios al Consumidor – IPC, a la fecha de pago efectivo.

Informa que en comunicación radicada bajo el número 625153 del 27 de agosto de 2014, AVANTEL solicita la expedición de los Formularios Únicos de Recaudo FUR para proceder al pago del valor del espectro liberado, de acuerdo con las certificaciones del Comité de Migración, con base en lo dispuesto en la Resolución 427 de 2013, cuyo recurso de reposición fue resuelto mediante Resolución 1402 de 2014. Y precisa que si bien dicha resolución modificó la Resolución 427 de 2014, no lo hizo en ningún aspecto relacionado con el pago por el uso del espectro, razón por la cual, la obligación de pago establecida allí sigue igual.

Considera que la Resolución 427 fue notificada a AVANTEL por conducta concluyente por cuanto dicha empresa conocía su contenido integral con anterioridad, como se desprende de las comunicaciones enviadas por aquella al Ministerio, en las cuales hace referencia a la obligación.

Indica que la finalidad de la notificación o publicidad del acto (Resolución 427 de 2014) es que el administrado lo conozca y pueda interponer los recursos

pertinentes en caso de no estar de acuerdo con su contenido. Sin embargo, en el presente caso AVANTEL conocía de antemano su contenido, como lo manifestó en sus propias comunicaciones, y en el recursos presentados no se refirió a la forma de pago, de lo que se deduce su acuerdo con la misma.

Señala que la Resolución 427 de 2014, como bien lo establece su tenor literal, crea un derecho a favor de AVANTEL, pues permite el uso del espectro radioeléctrico antes de que se produzca la migración definitiva de las frecuencias ocupadas por el Comando de las Fuerza Militares. Sin embargo, de este mismo derecho surge la obligación de pago por dicho uso, pues al Estado no le está permitido hacer donaciones a favor de particulares, tal y como en forma perentoria lo establece el artículo 355 de la Constitución Política, por lo que desde el mismo momento en que AVANTEL estuvo en posibilidad de hacer uso del espectro radioeléctrico asignado, surgió a su cargo la obligación de pagar por tal derecho y la correlativa obligación para el Ministerio de exigir tal pago, de manera que una interpretación en otro sentido devendría en una clara trasgresión de la prohibición contenida en el citado artículo 355 superior.

Por lo anterior, refiere que si bien los argumentos expuestos por AVANTEL en relación con la oponibilidad del acto administrativo (Resolución 427 de 2013) a terceros encuentra fundamento legal, también es cierto que en el mismo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se establecen los efectos de la notificación por conducta concluyente, según la cual sin el lleno de los requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada revele que conoce el acto, consienta la decisión o interponga los recursos legales.

AVANTEL reiteradamente ha demostrado el pleno conocimiento del contenido de la Resolución 427 de 2014, pues no solo en sus comunicaciones hace referencia a ella, sino que también presentó recurso de reposición, dentro del cual no se pronunció contra de la forma de pago por el uso del espectro liberado, es decir, dentro de los 30 días siguientes a la certificación de la liberación.

Finalmente, afirma que las comunicaciones 769125 del 6 de noviembre de 2014 y 779809 del 15 de diciembre de 2014 no son los actos que dan origen a la obligación de pago, sino la Resolución 2627 de 2013 y siguientes que indican que una vez sea liberado el espectro se emitirá comunicación en tal sentido y el pago deberá realizarse a más tardar a los 30 días, obligación que debía cumplir dentro del término fijado y que no fue objeto de modificación.

En consecuencia, solicita se nieguen las pretensiones y no se acojan ninguno de los argumentos expuestos en la demanda, ya que los actos administrativos demandados fueron expedidos con el amparo de las normas que regulan el sector de las telecomunicaciones.

II. TRÁMITE PROCESAL SURTIDO EN PRIMERA INSTANCIA

Se infiere de las documentales obrantes en el cuaderno principal del expediente que se han cumplido las formas propias del juicio o proceso de nulidad y restablecimiento del derecho dado que: la demanda fue radicada el 28 de mayo de 2015, y asignada mediante Acta de Reparto al despacho N° 25000234100020150105600 (Fl. 367), la cual fue inadmitida a través del Auto del 11 de junio de 2015 (Fl. 370) decisión que fue objeto de recurso de reposición y al resolverse este fue admitida la demanda el 16 de julio de 2015 (Fls. 378 a 380), debidamente notificado a las partes¹ al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Fls. 391 a 398); se surtieron oportunamente los traslados secretariales para contestación de demanda (Fl. 399); el 22 de enero de 2016 se emitió Auto señalando fecha y hora para la realización de la audiencia inicial (Fl. 423); el 23 de febrero de 2016 se llevó a cabo la diligencia de audiencia inicial, surtiéndose todas las fases del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 (Fls. 429 a 443); se realizó audiencia de pruebas el 26 de julio de 2017 (Fls. 469 a 471) y finalmente, por considerarse innecesaria la realización de audiencia de pruebas y de alegaciones y fallo, se corrió traslado para alegar a las partes y para presentar concepto del Ministerio Público (Fls. 469 a 473).

2.1. Alegatos de conclusión de las partes y concepto del Ministerio Público

La *parte demandante* a través de memorial radicado el 9 de agosto de 2017 (Fls. 474 a 498 C1) reiteró los argumentos expuestos en su escrito de demanda y además precisó que los actos administrativos objeto de controversia son todos pasibles de control judicial, como quiera que establecen el pago de intereses y en esa medida crean una situación jurídica particular para AVANTEL relacionada con su patrimonio.

Además concluye que la firmeza de los actos administrativos se predica de la totalidad del articulado y no de alguno de ellos, y eso solo sucede cuando se han resuelto los recursos interpuestos contra esas decisiones; sin embargo, en el presente caso, el MINTIC procedió a ejecutarlos cuando aún estaba en trámite la resolución de los recursos presentados contra la Resolución 427 de 2014.

Finamente indica que la entidad demandada no desvirtuó los cargos de nulidad formulados y precisa que sólo después de que la Resolución No. 3125 de 2014, que modificó la Resolución No. 427 de 2014, quedara en firme, sería exigible a AVANTEL la obligación de pagar la correspondiente contraprestación por el uso de las frecuencias objeto de liberación que venían siendo ocupadas por parte del CGFM y no antes, y por lo tanto, antes de tal evento no le eran exigibles intereses de ninguna clase a mi representada, como tampoco sanción alguna. Adicionalmente, considera que la resolución 427 tampoco quedó en firme el 25 de

¹ A la entidad demandada - MINTIC: envío electrónico folio 385, 11 de agosto de 2015. A la parte demandante por estado del 23 de julio de 2015.

diciembre de 2014, precisamente porque el artículo 3 de la resolución 3125 modificó, nuevamente de oficio, el artículo 4 de la resolución 427, modificadorio del artículo undécimo de la Resolución 2627 de 2013, sin que dicha modificación obedeciera al recurso interpuesto por AVANTEL, frente a lo cual resulta irrelevante que el MINTIC hubiese señalado que no procedía recurso alguno y hubiere rechazado el interpuesto por AVANTEL, que a la presentación de la demanda no había sido resuelto.

Por su parte el apoderado judicial de la entidad **demandada - Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones- MINTIC** presentó escrito de alegatos finales el 9 de agosto de 2017 (Fls. 499 a 506 C1), ratificándose en los argumentos de defensa que estructuró en su memorial de contestación de demanda, y retirando que todas las actuaciones desarrolladas por la entidad han sido conforme lo establecen las disposiciones normativas y procedimentales del ordenamiento jurídico, por lo que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

Finalmente, el **Ministerio Público** presentó su concepto el 11 de agosto de 2017 (Fls. 507 a 517 C1), solicitando desestimar las pretensiones de la demanda, toda vez que AVANTEL tenía conocimiento de la emisión de las certificaciones del Comité de Migración en el mes de junio de 2014, y solo hasta el mes de septiembre de ese mismo año procedió a realizar el pago, por lo que no se vulneró ningún derecho de AVANTEL, así como tampoco se presentó una infracción a las normas o un abuso del derecho por parte de la entidad demandada.

III. CONSIDERACIONES

3.1 Competencia.

El Tribunal es competente para conocer del presente medio de control conforme lo establece el N° 3 del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que en la demanda se controvierten actos administrativos proferidos por una Autoridad del orden nacional (Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - MINTIC), y a título de restablecimiento del derecho se solicita la devolución del valor del cobro de intereses de mora y de la sanción impuesta correspondiente a setecientos sesenta y cinco millones quinientos setenta y siete mil pesos (\$765'577.000), cifra que supera los 300 SMLMV para la fecha de interposición de la demanda.

3.2. Cuestión previa

Como se precisó en la audiencia inicial realizada el 23 de febrero de 2016, se hace necesario en primer lugar, previo a delimitar el problema jurídico para la resolución del presente asunto, analizar la naturaleza de los actos demandados, con el fin de establecer desde un principio si todos o solo alguno(s) de los actos acusados son susceptibles de control judicial ante la jurisdicción de lo contencioso

administrativo, como quiera que se alegó que se trata de actos de ejecución y no definitivos, lo que amerita entonces realizar ese estudio preliminarmente.

Los actos administrativos que se presentan como demandados son:

- **Oficio 000538 con Registro número 769125 del 6 de noviembre de 2014**, del Director de Industria de Comunicaciones del MINTIC, mediante el cual se le informa a AVANTEL SAS que “... *teniendo en cuenta lo dispuesto en el numeral 2 del artículo sexto de la Resolución 2627 de 2014, en la cual se dispuso la obligación para Avante de pagar, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la certificación por parte del comité de migración, la liberación del espectro ocupado parcialmente en algunas regiones del país, obligación que no ha sido modificada a lo largo del permiso, y dado que las certificaciones del comité mencionado fueron expedidas en el mes de junio del presente año y solo hasta el mes de septiembre Avantel efectuó el pago, se debe proceder al pago de los intereses de mora respectivos, para lo cual le agradezco realizar la autoliquidación a que haya lugar.*” (Fl. 32 CP1) Respecto a esta decisión la sociedad demandante presentó recurso de reposición y en subsidio apelación.
- **Oficio 000597 con registro No. 779808 del 15 de diciembre de 2014** del Director de Industria de Comunicaciones del MINTIC, mediante el cual le indican a AVANTEL SAS que los recursos de reposición y en subsidio apelación presentados contra el Oficio 769125 no son procedentes, toda vez que se trata de un acto de ejecución que conmina al pago de los intereses generados por una obligación de pago de contraprestaciones que se generó por hecho de usar el espectro radioeléctrico, tal y como se indicó en la Resolución No. 449 de 2013, aspecto que no ha sido modificado. Además es la certificación del Comité de Migración la que genera la obligación de pago y no la Resolución 427 de 2014 por sí misma. (Fls. 33 a 38 CP1)
- **Oficio 78462 con registro No. 782929 del 23 de diciembre de 2014**, de la Coordinadora del Grupo de Cartera del MINTIC, mediante el cual se le liquidan a la sociedad demandante los intereses de mora por haber incurrido en una presentación y pago extemporáneo de los formularios de las liberaciones certificadas y además procede a liquidar y fijar el monto de las sanciones correspondientes por haberse realizado el pago sólo hasta el 10/09/2014. Finalmente, informa que remite los Formularios Únicos de Recado - FUR con fecha límite de pago 31/12/2014 para dar cumplimiento oportuno a dichos pagos liquidados. (Fls. 39 a 42 CP1)
- **Formularios Únicos de Recaudo de Contraprestaciones números 169406; 169407; 169408; 169409 y 169410**, expedidos por el Fondo de TIC a nombre de AVANTEL SAS, mediante los cuales, en atención al Oficio 78642 previamente reseñado, se emite la liquidación por periodos de los intereses de mora y las sanciones impuestas, de conformidad con las liberaciones certificadas por un monto total de \$772.586.000 M/CTE.

En ese orden de ideas, es necesario precisar que si bien la administración pública se expresa generalmente a través de actos administrativos, hechos, operaciones y

contratos, tratándose de los primeros, en nuestro sistema jurídico² no todos son demandables ante la jurisdicción contencioso administrativa por cuanto solo son susceptibles de control judicial aquellos que son considerados como actos definitivos, esto es, decisiones unilaterales de la administración o de particulares que cumplan funciones administrativas que consoliden, modifiquen o extingan una situación jurídica y que produzcan efectos jurídicos, es decir que culminen el trámite o que cierren un ciclo autónomo de la actuación administrativa claramente definido, por cuanto, al ser la vocación natural de la administración materializar la constitución y la ley, los actos de mera comunicación, de trámite, preparatorios o de ejecución no son plausibles de control directo sino en el marco de la decisión de fondo, dado que lo contrario haría excesivamente redundante y complejo el control judicial e impediría el normal funcionamiento del Estado.

En ese sentido, el Consejo de Estado ha señalado:

“... los actos administrativos que exteriorizan la voluntad de la Administración para crear, modificar o extinguir una situación jurídica concreta, como resultado de una actuación administrativa, son demandables ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Dicho de otro modo, los actos definitivos que por sí mismos generan efectos jurídicos, son susceptibles de control de legalidad, junto con las decisiones que los modifican o confirman. Los actos preparatorios, de trámite y de ejecución que, como tales, se limitan a preparar, impulsar la actuación administrativa, o dar cumplimiento a la decisión no son demandables. Por excepción, los actos de trámite son demandables pero cuando impiden que la actuación continúe.”³

Por tanto, los actos administrativos que serían demandables son los señalados en el artículo 43 de la Ley 1437 de 2011 así:

“Artículo 43. Actos definitivos. Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación.”

De este modo, lo pertinente será analizar los actos demandados en el presente asunto con el fin de establecer si en efecto corresponden a actos administrativos definitivos o se enmarcan dentro de las excepciones al control judicial como los actos de trámite, preparatorios, de ejecución o reiterativos y con ello, para determinar si en efecto estos actos crean, modifican o extinguen una situación jurídica para la sociedad AVANTEL.

Al respecto, se evidencia que el motivo de inconformidad de la sociedad demandante recae en la obligación de pagar los intereses de mora y el valor de la sanción impuesta por pago extemporánea que deviene de una obligación de pago por contraprestaciones al tener un permiso para usar el espectro radioeléctrico.

² Así por ejemplo en España ha abierto la posibilidad de a que se controle tanto los actos como las actuaciones administrativas y las omisiones de la administración

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. C. P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas sentencia del tres (3) de agosto de dos mil dieciséis (2016). Expediente No.: 25000-23-27-000-2011-00194-01(19952)

Ahora bien, de los actos administrativos demandados identificados como Oficio 000538 con Registro número 769125 del 6 de noviembre de 2014, Oficio 000597 con registro No. 779808 del 15 de diciembre de 2014, se limitan a informar y requerir el pago de una obligación cuyo origen no deviene de esos mismo actos, sino de una concesión de un permiso de uso del espectro radioeléctrico dado en la Resolución 427 de 2014, y si bien la entidad demandada considera que la obligación del pago de contraprestaciones se origina realmente en las certificaciones emitidas por el Comité de Migración creado. Lo cierto es que no se establece a través de los actos precitados la obligación de pago de contraprestaciones a favor del MINTIC, y se limitan a ejecutar una obligación previamente constituida, es decir, se trata de actos de ejecución y no definitivos.

Lo anterior quiere decir que como quiera que los actos administrativos acusados pretenden ejecutar una obligación ya consolidada previamente, se trata de actos que no son susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues no son pasibles de control judicial.

Ahora, respecto a los Formularios Únicos de Recaudo de Contraprestaciones números 169406; 169407; 169408; 169409 y 169410 es necesario precisar que al tratarse de una liquidación que fue fijada mediante Oficio 78462 con registro No. 782929 del 23 de diciembre de 2014, dichos formularios hacen parte de la ejecución y cobro de esos intereses fijados mediante otro acto previo, por lo que tampoco pueden considerarse susceptibles de control judicial, pues no se trata del establecimiento de una cuota de crédito o costas como lo ha señalado la jurisprudencia, así:

“Según lo establecido en el artículo 835 del Estatuto Tributario, dentro del proceso de cobro coactivo, sólo son demandables ante la jurisdicción los actos administrativos que resuelven excepciones y ordenan seguir adelante con la ejecución. También son susceptibles de control jurisdiccional los actos de liquidación del crédito o de las costas, tal como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación.”⁴

“En efecto, esta Corporación, al analizar la norma mencionada señaló que:

«De la lectura de la norma transcrita se desprenden tres conclusiones:

4.2.1.-La Ley 1437 incluyó lo que jurisprudencialmente se había sostenido por esta Sección, en el sentido de que el control jurisdiccional se amplía a la liquidación del crédito, teniendo en cuenta que constituye una decisión diferente a la simple ejecución de la obligación tributaria porque crea una obligación distinta.

4.2.2.-En principio, el artículo 101 ibídem sólo permite demandar el acto que decide las excepciones siempre que sean a favor del deudor, a diferencia de lo regulado en el artículo 835 del Estatuto Tributario que permite demandar los actos que fallan las excepciones, ya sea que se decidan a favor o en contra del deudor, norma ésta última

⁴ Consejo de Estado, Sección Cuarta, C.P. Carmen Teresa Ortiz De Rodríguez, Exp. 05001-23-33-000-2012-00675-01(20008), providencia del 26 de febrero de 2014,

que prima para efectos tributarios, dada la especialidad de la regla, tal cual lo reconoce el artículo 100 ibídem.

4.2.3.-Se dice que, en principio, porque no se encuentra explicación para no haber incluido el acto que decide las excepciones en contra del deudor, porque el Legislador, al anteponer el adverbio “sólo” a la oración, excluye del control jurisdiccional los demás actos que se dicten durante el trámite de un proceso administrativo de cobro coactivo, salvo aquellas decisiones que constituyan una decisión diferente a la simple ejecución de la obligación tributaria, que crean, extinguen o modifican situaciones jurídicas u obligaciones diferentes a la ejecutada, como jurisprudencialmente se ha aceptado por esta Sección en vigencia del artículo 835 del Estatuto Tributario que tiene una regulación similar a la actual de la Ley 14373 .

Todo porque dentro del procedimiento administrativo de cobro pueden expedirse actos administrativos que no versen sobre la ejecución propiamente dicha de la obligación tributaria, pero que sí constituyen una verdadera decisión de la Administración, susceptible del control jurisdiccional, en tanto afectan derechos, intereses u obligaciones de los contribuyentes o responsables del impuesto.

Por eso, en aras de la protección jurídica de controversias independientes a la ejecución de la obligación tributaria, son demandables ante esta jurisdicción los actos administrativos definitivos, expedidos por la Administración Tributaria de conformidad con lo estipulado en el artículo 434 de la Ley 1437, tesis que reitera la Sección en esta providencia.»⁵

Ahora, frente a los actos de ejecución ha considerado el Consejo de Estado:

“Así las cosas, por regla general, los actos administrativos de ejecución, es decir aquellos que se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa, no son susceptibles de control jurisdiccional. Sin embargo, dicha regla se exceptúa cuando se advierte que a partir del acto surge una situación jurídica nueva, diferente a la dispuesta en la sentencia o en el acto ejecutado. Al fijar el alcance de los actos de ejecución la Sección Primera de la Corporación⁶, precisó:

“[...] El acto de ejecución, por el contrario, aunque es unilateral también y proferido en desarrollo de dicha función, no crea, modifica o extingue situación jurídica alguna, pues el efecto jurídico lo produce el acto administrativo objeto de la ejecución, de ahí que no sea pasible de control ante el juez. El acto de ejecución, en síntesis, plasma en el mundo material o jurídico, según sea el caso, el contenido del acto administrativo, dándole efectividad real y cierta. [...]”.

Bajo este supuesto, en orden a determinar si un acto es o no susceptible de control jurisdiccional, deberá analizarse si las determinaciones adoptadas tienen la virtualidad de constituir una situación jurídica nueva, que excede el alcance lógico de lo dispuesto en la sentencia o en el acto ejecutado, o si, por el contrario, el contenido del acto corresponde a la consecuencia natural y propia de aquello a lo que se da

⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, C.P. María Elizabeth García González, Exp. 05001-23-33-000-2014-00259-01, providencia del 13 de noviembre de 2014.

⁶ Consejo de Estado, Sección Primera, Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala, Bogotá, D.C., 14 de agosto de 2014, Radicación núm.: 25000 2324 000 2006 00988 01, Actor: ISAGEN E.S.P.

cumplimiento. Así entonces, el objeto del acto será determinante para abordar el estudio sobre su naturaleza. [...]”⁷

En consecuencia, al no establecer dichos actos una situación jurídica concreta, modificarla o extinguirla, esto es, al no crear la obligación de pago de las contraprestaciones en el término concedido, sino limitarse a realizar el cobro de esa obligación y sus intereses moratorios, no se constituyen en actos definitivos ni configuran una situación nueva diferente a la originalmente adoptada en la concesión del uso del espectro.

Diferente es el Oficio 78462 con registro No. 782929 del 23 de diciembre de 2014, de la Coordinadora del Grupo de Cartera del MINTIC, mediante el cual no solo se le liquidan a la sociedad demandante los intereses de mora por haber incurrido en una presunta presentación y pago extemporáneo de los formularios de las liberaciones certificadas, sino que además crea una situación nueva que no es connatural a la ejecución de la obligación principal (pago de contraprestaciones), ya que procede a liquidar y fijar el monto de las sanciones correspondientes por haberse realizado el pago sólo hasta el 10/09/2014, lo cual se constituye en un acto sancionatorio que puede ser controvertido ante la jurisdicción contencioso administrativa, y además es definitivo, en la medida en que crea una nueva situación y diferente para AVANTEL, pues se trata ahora de una sanción por incumplir presuntamente un pago derivado del uso del espectro dentro de un término diferente al que le correspondía, que le define una situación jurídica y con el cual no se encuentra de acuerdo.

En conclusión debido a que la controversia recaería sobre un solo acto definitivo, siendo este el Oficio 78462 con registro No. 782929 del 23 de diciembre de 2014, la Sala procederá a hacer el análisis de los cargos, respecto a este particular acto administrativo, e inhibiéndose de analizar los demás actos administrativos demandados identificados como Oficio 000538 con Registro número 769125 del 6 de noviembre de 2014, Oficio 000597 con registro No. 779808 del 15 de diciembre de 2014 y Formularios Únicos de Recaudo de Contraprestaciones números 169406; 169407; 169408; 169409 y 169410, por tratarse de actos de mera ejecución y no ser susceptibles de control judicial.

3.3. Legitimación en la causa

En principio expondremos que de conformidad con el artículo 159 de la Ley 1437 de 2011, en los procesos contencioso administrativos, podrán obrar como demandantes y demandados, los sujetos de derecho que respectivamente acrediten ostentar, legitimidad para accionar a través del medio de control que se ajusta a su *causa petendi*, y la legitimación para ser convocado en la causa por pasiva.

⁷ Consejo de Estado, Sección Primera, Consejero Ponente: Oswaldo Giraldo López, providencia del 15 de agosto de 2019, Exp. 25000-23-41-000-2017-02019-01.

Así mismo, que la precitada norma en concordancia con el artículo 138 del mismo estatuto normativo, prevén que en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la **legitimación en la causa por activa** está reservada para aquella que sintiéndose lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, pretenda pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular y el restablecimiento del derecho e incluso la reparación del daño que le haya sido irrogado. En tanto, que la **legitimación en la causa por pasiva** recae sobre la entidad, órgano u organismo estatal que haya expedido el acto administrativo o producido el hecho generador del daño.

Y que respecto de la legitimación, el Honorable Consejo de Estado ha indicado que:

“(…) de conformidad con la jurisprudencia de la Corporación existen dos clases de legitimación: la de hecho y la material. La primera hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado, una vez se ha iniciado el mismo en ejercicio del derecho de acción y en virtud de la correspondiente pretensión procesal, mientras que la segunda da cuenta de la participación o vínculo que tienen las personas -siendo o no partes del proceso-, con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demanda. En este sentido, no siempre quien se encuentra legitimado de hecho tiene que necesariamente estarlo materialmente, en consideración a que si bien puede integrar una de las partes de la litis, ello no implica que frente a la ley tenga un interés jurídico sustancial en cuanto al conflicto.

En conclusión, la legitimación por pasiva de hecho, que se refiere a la potencialidad del demandado de ser parte dentro del proceso, constituye un requisito de procedibilidad de la demanda -en la medida en la que esta no puede dirigirse contra quien no es sujeto de derechos-, mientras que, la legitimación por pasiva material, constituye un requisito no ya para la procedibilidad de la acción, sino para la prosperidad de las pretensiones”⁸. (Negrita y subrayado fuera del texto).

En el caso concreto se tiene que las partes se encuentran debidamente legitimadas en el proceso contencioso administrativo, tal y como a continuación se indicará.

3.3.1. Por activa:

Descendiendo al caso concreto, se tiene que la empresa AVANTEL SAS, se encuentra legitimada materialmente por activa para impugnar el acto administrativo expedido por el MINTIC, cuando ésta funge como autoridad en el sector de las Telecomunicaciones, justamente por el contexto en que se emite el acto administrativo susceptible de pretensión de nulidad, esto es, que debido a la obligación de pago de las contraprestaciones por uso del espectro, se realiza el cobro de unos intereses moratorios y también se impone una sanción por la

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto de 30 de enero de 2013, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicado número 25000-23-26-000-2010-00395-01(42610).

extemporaneidad en el pago realizado, lo cual afecta a la sociedad demandante, por lo que resulta apenas razonable, que al sentirse esta última perjudicada con la decisión, se encuentra materialmente legitimada para interponer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, invocando como en el caso, cargos de infracción a las normas en que debía fundarse y violación a los principios de confianza legítima y *Nemo auditur propiam turpitudinem allegans*.

3.3.2. Por pasiva:

Así mismo, se encuentra legitimada en la causa por pasiva, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, por cuanto fue la entidad que expidió los actos acusados y quien impuso la sanción administrativa de multa a la sociedad demandante.

En suma, al existir identidad en la relación sustancial y la relación procesal demandante - demandado, establecida entre las partes con los actos administrativos demandados, el presupuesto de legitimación en la causa se encuentra reunido para proferir sentencia de fondo.

3.4. Planteamiento del problema jurídico principal y sus asociados.

En ese orden de ideas, para la Sala el **problema jurídico principal** consiste en determinar si el acto administrativo demandado, esto es, si Oficio 78462 con registro No. 782929 del 23 de diciembre de 2014 por medio del cual se impuso una sanción administrativa a la sociedad demandante por el pago extemporáneo de las contraprestación por uso del espectro radioeléctrico, fue expedidas con infracción a las normas en que debía fundarse y violación a los principios de confianza legítima y *Nemo auditur propiam turpitudinem allegans*. Y en consecuencia, establecer si le asiste o no interés al demandante en el restablecimiento del derecho pretendido, esto es, la devolución del dinero pagado con ocasión de la multa impuesta y al pago de los perjuicios irrogados.

3.5. Resolución del problema jurídico en el caso concreto: Exposición de razonamientos legales de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios y análisis crítico de las pruebas obrantes en el plenario.

Considerando la unidad de argumentos y por razones metodológicas la Sala procederá a resolver abordando i) el marco jurídico establecido para el sector de las telecomunicaciones, en especial la actividad desplegada por el Ministerio de Tecnologías de la Información; y posteriormente, y ii) Análisis del primer cargo: Infracción a las normas en que debía fundarse; y de no acreditarse su configuración iii) Análisis del segundo cargo: Violación a los principios de confianza legítima y *Nemo auditur propiam turpitudinem allegans*.

3.5.1. Marco jurídico establecido para el sector de las telecomunicaciones, en especial la actividad desplegada por el Ministerio de Tecnologías de la

Información

En lo relacionado con la propiedad del espectro electromagnético, el artículo 18 del Decreto - Ley 1900 de 1990, establece que *“es de propiedad exclusiva del Estado y como tal constituye un bien de dominio público, inajenable e imprescriptible, cuya gestión, administración y control corresponden al Ministerio de Comunicaciones de conformidad con las leyes vigentes”*.

Por su parte, el artículo 4 de la Ley 1341 de 2009 señala que le corresponde al Estado intervenir en el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, garantizando el uso adecuado del espectro radioeléctrico, como la reorganización del mismo, y en ese sentido se encuentra en cabeza del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - MINTIC, la función de intervenir en dicho sector, esto es, con el fin de garantizar el uso adecuado del espectro radioeléctrico así como la organización del mismo respetando el principio de protección a la inversión, asociada al uso del espectro.

Dentro del marco jurídico en el cual se desarrolla la prestación de los servicios de telecomunicaciones por parte de los proveedores, es necesario hacer referencia a la disposición fundamental contenida en el artículo 78 constitucional, relacionada con la especial protección de los usuarios en el marco de la adquisición de un servicio, así:

“Artículo 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En esa medida, la Ley 1341 de 2009 procedió a establecer el marco general para la formulación de las políticas públicas del sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, su ordenamiento general, el régimen de competencia, la protección al usuario, así como lo concerniente a la cobertura, la calidad del servicio, la promoción de la inversión en el sector y el desarrollo de estas tecnologías, el uso eficiente de las redes y del espectro radioeléctrico, así como las potestades del Estado en relación con la planeación, la gestión, la administración adecuada y eficiente de los recursos, regulación, control y vigilancia del mismo y facilitando el libre acceso y sin discriminación de los habitantes del territorio nacional a la Sociedad de la Información.

Igualmente, se encuentra dentro de las funciones del ente ministerial las relacionadas con establecer y mantener actualizadas las frecuencias radioeléctricas (Art. 18, numerales 7 y 10 Ley 1341 de 2009), así como también ejecutar tratados y convenios sobre tecnologías de la información y las comunicaciones, por lo que la atribución de las frecuencias así como la reorganización de las mismas, la debe realizar el MINTIC con base en las necesidades del país, el interés público y en las nuevas atribuciones que se acuerden en las Conferencias Mundiales.

En este sentido, el artículo 11 *ibídem* señala que el uso del espectro radioeléctrico requiere permiso previo, expreso y otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en el cual se respetara la neutralidad de la tecnología.

Ahora, en la Ley 1341 de 2009 también se dispuso que la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, que es un servicio público bajo la titularidad del Estado, se habilita de manera general, y causará una contraprestación periódica a favor del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Art. 10), cuyo importe será fijado mediante resolución del Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, con fundamento en criterios de fomento a la inversión, la maximización del bienestar social, el estado de cierre de la brecha digital, así como, entre otros, en los siguientes aspectos: ancho de banda asignado, número de usuarios potenciales, disponibilidad del servicio, planes de expansión y cobertura, demanda por el espectro y su disponibilidad y cualquier otro parámetro técnico que sirva como indicador del valor que debe recibir el Estado por la utilización del espectro radioeléctrico.

La contraprestación económica deberá pagarse por el respectivo proveedor de redes o servicio de telecomunicaciones con ocasión del otorgamiento o renovación del permiso para la utilización del espectro radioeléctrico, en los términos referidos en el artículo 36 de la Ley 1341 de 2009.

A su turno, como parte conductora de la normatividad del sector de las telecomunicaciones se dispuso una reglamentación para el ejercicio de las labores de inspección, vigilancia y control en cabeza del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones contenido en la Ley 1341 de 2009, así:

“ARTÍCULO 17. OBJETIVOS DEL MINISTERIO. Los objetivos del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones: (...)

4. Definir la política pública y adelantar la inspección, vigilancia y el control del sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, incluyendo el servicio de televisión abierta radiodifundida y el servicio de radiodifusión sonora, con excepción de aquellas funciones de inspección, vigilancia y control, expresamente asignadas en la presente Ley a la Comisión de Regulación de Comunicaciones y a la Agencia Nacional del Espectro.”

En consonancia con la función especialmente asignada en el numeral 11 del

artículo 18 *ibídem* consistente en ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control en el sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, conforme con la ley, se expidió el Decreto 2618 de 2012 *“Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y se dictan otras disposiciones”*, estableciendo las funciones específicas para los sectores de radiodifusión sonora, telecomunicaciones y servicios postales.

En este mismo cuerpo normativo se estableció en el Título IX un régimen de infracciones y sanciones con el fin de mantener el normal funcionamiento de la normatividad del sector, dentro del cual se observa en el artículo 64 la individualización de las infracciones al ordenamiento del sector de telecomunicaciones, de las cuales devienen las sanciones establecidas en el artículo subsiguiente, con lo cual se estructura el marco normativo para la adecuación de las conductas transgresoras y su consecuencia jurídica.

Lo anterior por cuanto el Estado tiene el deber de intervenir en el sector de telecomunicaciones y esto implica proteger los derechos de los usuarios; promover el acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones, el desarrollo de contenidos y aplicaciones, la oferta de mayores capacidades en la conexión, transporte y condiciones de seguridad del servicio al usuario final, incentivando acciones de prevención de fraudes en la red; garantizar la libre y leal competencia; evitar el abuso de la posición dominante y las prácticas restrictivas de la competencia, el despliegue y el uso eficiente de la infraestructura y el espectro radioeléctrico, así como la igualdad de oportunidades en el acceso a los recursos escasos; garantizar la interconexión y la interoperabilidad de las redes de telecomunicaciones; promover la seguridad informática y de redes e incentivar la inversión para la construcción, operación y mantenimiento de infraestructuras de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y propender por la protección del medio ambiente y la salud pública (Art. 4 Ley 1341 de 2009).

3.5.2. Análisis del primer cargo: Infracción a las normas en que debía fundarse

El demandante considera que el acto administrativo demandado viola los artículos 79, 87, 89 y 97 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto el MINTIC modificó de oficio y sin autorización de AVANTEL el permiso conferido mediante Resolución 2627 de 2013, con respecto a la forma de pago de las contraprestaciones por el uso del espectro radioeléctrico que fuese objeto de liberación por parte del Comité de Migración y además considera que la Resolución 427 de 2014 no adquirió firmeza, pues al ser modificada varias veces mediante las resoluciones que resolvían los recursos presentadas, (Resolución 1402 y 3125 de 2014), no podía ejecutarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 89 del CPACA.

Al respecto el MINTIC señala que si bien se modificó la Resolución 427 de 2014, no se hizo en frente a ningún aspecto relacionado con el pago por el uso del espectro, razón por la cual, la obligación establecida como contraprestación no tiene cambio alguno en su forma y término para pago. Igualmente precisó que la Resolución 427

de 2014 fue notificada a AVANTEL por conducta concluyente y por ende conocía su contenido integral con anterioridad, como se desprende de las comunicaciones enviadas al Ministerio, en las cuales hace referencia a la obligación.

Así mismo, manifiesta que la finalidad de la notificación o publicidad del acto (Resolución 427 de 2014) es que el administrado lo conozca y pueda interponer los recursos pertinentes en caso de no estar de acuerdo con su contenido. Sin embargo, en el presente caso AVANTEL conocía de antemano su contenido, y en los recursos presentados no se refirió a la forma de pago, de lo que se deduce su acuerdo con la misma.

En ese orden de ideas, la Sala realizará un recuento de la actuación administrativa adelantada por el MINTIC, encontrando que se surtió de la siguiente forma:

1. A través de la **Resolución 449 del 11 de marzo de 2013**, el MINTIC estableció los requisitos y el procedimiento para otorgar permisos para el uso de hasta 225 MHz de espectro radioeléctrico en las bandas de 1.850 MHz a 1.990 MHz, 1.710 MHz a 1.755 MHz pareada con 2.110 MHz a 2.155 MHz y 2.500 MHz a 2.690 MHz para la operación y prestación del servicio móvil terrestre (subasta de espectro 4G)

Allí se estableció en el artículo 14 que el valor y la forma de pago por el derecho al uso del espectro serían así:

“ARTÍCULO 14. VALOR Y FORMA DE PAGO POR EL DERECHO AL USO DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO. El valor a pagar por el espectro radioeléctrico asignado mediante el proceso establecido en la presente Resolución, será aquel que se determine según las condiciones de cierre definidas en la subasta, descritas en el ANEXO 3 - PROCESO DE SELECCIÓN OBJETIVA: SUBASTA.

La contraprestación económica por el derecho al uso del espectro asignado, equivalente al valor ofertado en la subasta, se pagará de contado dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de ejecutoria del acto administrativo mediante el cual se otorgue el permiso.

Considerando que algunos de los segmentos a asignar presentan una ocupación parcial en algunas regiones del país, descritas en el ANEXO 9 - OCUPACIÓN DE LA BANDA AWS y en el ANEXO 10 - OCUPACIÓN DE LA BANDA DE 2.500 MHz, esta circunstancia ocasionará un descuento proporcional en el establecimiento del valor a pagar, únicamente durante el tiempo que estén ocupados, de conformidad con la aplicación de las variables de porcentaje de ocupación, población por localidad ocupada y tiempo. Una vez el comité de migración certifique la liberación del recurso, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes se procederá a liquidar el valor a pagar por el uso de estos segmentos por el tiempo restante y a realizar el pago correspondiente por parte del asignatario. (...)” (Fls. 48 a 211 CP1) (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Este artículo fue modificado por el artículo 11 de la Resolución No. 987 del 26

de abril de 2013, así:

“ARTÍCULO 11. *Modifíquese el artículo 14 de la Resolución 449 de 2013, el cual quedará así:*

Artículo 14. *Valor y forma de pago por el derecho al uso del espectro radioeléctrico. El valor a pagar por el espectro radioeléctrico asignado mediante el proceso establecido en la presente resolución, será aquel que se determine según las condiciones de cierre definidas en la subasta, descritas en el Anexo 3 - Proceso de Selección Objetiva: Subasta.*

La contraprestación económica por el derecho al uso del espectro asignado, equivalente al valor ofertado en la subasta, se pagará de contado dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de ejecutoria del acto administrativo mediante el cual se otorgue el permiso.

Considerando que algunos de los segmentos a asignar presentan una ocupación parcial en algunas regiones del país, descritas en el anexo 9 - ocupación de la banda AWS y en el anexo 10 - ocupación de la banda de 2.500 MHz, esta circunstancia ocasionará un descuento proporcional en el establecimiento del valor a pagar, únicamente durante el tiempo que estén ocupados, de conformidad con la aplicación de las variables de porcentaje de ocupación, población por localidad ocupada y tiempo. Una vez el comité de migración certifique la liberación del recurso, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes se procederá a liquidar el valor a pagar, por el uso de estos segmentos por el tiempo restante y a realizar el pago correspondiente por parte del asignatario, con base en el valor ofertado en la subasta, indexado por el Índice de Precios al Consumidor (IPC).” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

2. Mediante la **Resolución No. 2627 del 26 de julio de 2013** el MINTIC otorgó permiso a AVANTEL SAS para el acceso, uso y explotación de 30 MHz de espectro radioeléctrico para la operación de servicios de radio comunicaciones móviles terrestres en el rango de frecuencias 1.710 MHz a 1.755 MHz pareada con 2.110 MHz a 2.155 MHz, por el término de 10 años y se precisó respecto a la forma de pago por uso del espectro y su respectiva contraprestación económica lo siguiente:

“ARTÍCULO TERCERO.- USO DEL ESPECTRO.- *El uso del espectro radioeléctrico objeto del permiso estará condicionado al pago de la contraprestación económica por el derecho al uso del espectro asignado y a la aprobación de la garantía de cumplimiento, la cual deberá ser entregada por Avantel S.A.S. dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de ejecutoria de la presente resolución.*

En caso de vencimiento del plazo anterior sin que se haya dado cumplimiento a las condiciones establecidas se procederá a revocar el permiso contenido en la presente resolución y a hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta. (...)

ARTÍCULO QUINTO.- VALOR.- *El valor del espectro radioeléctrico asignado mediante la presente Resolución a Avantel S.A.S. es de CIENTO SIETE MIL*

CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO CUARENTA MIL PESOS M/CTE (\$107.464.140.000).

PARÁGRAFO. *Sobre el costo que implique el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Resolución y las contenidas en la Resolución 449 de 2013 no se reconocerá valor alguno por parte del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones o del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, ni se descontará del valor ofertado por Avantel S.A.S. en la subasta. En caso de que el permiso sea cancelado por incumplimiento de estas obligaciones, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones no devolverá ni reconocerá suma alguna por concepto de la contraprestación económica pagada de contado o mediante las obligaciones establecidas en la presente Resolución.*

ARTÍCULO SEXTO.- FORMA DE PAGO.- *Debido a que los segmentos asignados presentan una ocupación parcial en algunas regiones del país, descritas en el ANEXO 9 OCUPACIÓN DE LA BANDA AWS de la Resolución 449 de 2013, se hará el descuento proporcional en el establecimiento del valor a pagar, únicamente durante el tiempo que estén ocupados, de conformidad con la aplicación de las variables de porcentaje de ocupación, población por localidad ocupada y tiempo.*

De acuerdo con lo anterior, la contraprestación económica por el derecho al uso del espectro asignado se pagará así:

1. Dentro de los treinta (30) días calendario siguiente a la fecha de ejecutoria de la presente resolución *se pagará un valor de OCHENTA MIL CIENTO CUARENTA Y SIETE MILLONES TREINTA Y OCHO MIL VEINTINUEVE PESOS M/CTE (\$80.147.038.029).*

2. Dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a que el comité de migración certifique la liberación del recurso, *se procederá a liquidar el valor a pagar por el uso de estos segmentos por el tiempo restante y a realizar el pago correspondiente por parte de Avantel S.A.S., con base en el valor ofertado en la subasta, indexado por el índice de Precios al Consumidor - IPC. A la fecha de pago efectivo (...).” (Fls. 2 a 9 CAA) (Negrilla y subrayado fuera de texto)*

3. La Resolución No. 2627 del 26 de julio de 2013 fue notificada a AVANTEL SAS el 2 de septiembre de 2013 (Fl. 10 CAA) y mediante escrito del 6 de septiembre de 2013 se presentó recurso de reposición contra dicho acto administrativo (Fls. 12 a 20 CAA).
4. Mediante la **Resolución No. 4120 del 25 de octubre de 2013** se resolvió el recurso de reposición interpuesto, se corrigió el artículo segundo, se ordenó reponer el literal a) del artículo 10, el literal f) del artículo 9, parcialmente el artículo 13, además se corrigió el literal c) del artículo 11 y finalmente, no reponer el artículo 2 ni el numeral 2 del artículo 6 de la Resolución No. 2627 de 2013 (Fls.25 a 27 CAA), decisión que fue notificada el 12 de noviembre de 2013 (Fl. 28 CAA) y quedó en firme el 13 de noviembre de 2013 (Fl. 226 CAA).
5. AVANTEL SAS realizó un primer pago por la suma de OCHENTA MIL CIENTO CUARENTA Y SIETE MILLONES TREINTA Y OCHO MIL VEINTINUEVE PESOS (\$80.147.038.029), por concepto de contraprestación económica por el

derecho de uso del espectro, identificado con el FUR No. 208692 (Fl. 35 CAA)

6. Mediante **Resolución No. 427 del 6 de marzo de 2014** se modificó la Resolución No. 2627 de 2013, y dentro de las órdenes emitidas se dispuso:

“ARTÍCULO TERCERO. Modificar el numeral 2) del inciso segundo del artículo sexto de la Resolución 2627 del 26 de julio de 2013, el cual quedará así:

2) Dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a que el comité de migración certifique la liberación del recurso o a que el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones manifieste por escrito a Avantel S.A.S. que ha recibido información del Comando General de las Fuerzas Militares sobre la implementación a satisfacción de la solución temporal, se procederá a liquidar el valor a pagar por el uso de esos segmentos por el tiempo restante y a realizar el pago correspondiente por parte de Avantel S.A.S., con base en el valor ofertado en la subasta, indexado por el Índice de Precios al Consumidor – IPC, a la fecha de pago efectivo, de conformidad con la siguiente fórmula (...)” (Fls. 227 a 229 CP1)
(Negrilla y subrayado fuera de texto)

Decisión que fue objeto de recurso de reposición por parte de AVANTEL SAS mediante escrito del 9 de abril de 2014 (Fls. 230 a 232 CP1).

7. A través de la **Resolución No. 1402 del 27 de junio de 2014** el MINTIC resolvió el recurso de reposición interpuesto, ordenando reponer y modificar el artículo 5, sin pronunciarse si confirmaba o no el resto del articulado, y además se modificaron otras disposiciones de la Resolución No. 2627 de 2013, por lo que concedió nuevamente términos para interponer los recursos de ley procedentes (Fls. 233 a 235 CP1), decisión que fue objeto de recurso de reposición por parte de AVANTEL SAS mediante escrito del 1 de septiembre de 2014 (Fls. 236 a 239 CP1)
8. Mediante **Resolución No. 3125 del 5 de noviembre de 2014** se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1402 de 2014, ordenando reponer parcialmente y disponiendo que contra dicho acto no procedía recurso alguno (Fls. 240 a 242 CP1), decisión notificada por aviso el 23 de diciembre de 2014 y quedando ejecutoriada el 24 de diciembre de 2014 (Fl. 246 CP1).
9. Contra la Resolución No. 3125 del 5 de noviembre de 2014, AVANTEL interpuso recurso de reposición mediante escrito del 5 de enero de 2015 (Fls. 247 a 253 CP1).
10. A través de la **Resolución No. 1143 del 5 de junio de 2014** se modificaron las tablas No. 21 y 22 del Anexo 8 relacionado en el artículo 20 de la Resolución No. 2627 del 26 de julio de 2013 (Fls. 84 a 89 CAA), decisión que fue notificada por aviso el 27 de junio de 2014 (fl. 90 CAA) quedando en firme el 15 de julio de 2014 (Fl. 91 CAA).
11. El 6 de noviembre de 2014 el MINTIC remite el Oficio No. 769125 mediante el cual se le informa a AVANTEL SAS que al realizar el pago de las contraprestaciones por fuera del término de los 30 días establecidos en la Resolución 2627 de 2014, toda vez que las certificaciones del Comité de Migración se emitieron en el mes de junio de 2014 debían proceder a cancelar

los intereses moratorios generados (Fl. 32 CP1), decisión que fue recurrida por parte de AVANTEL.

12. A través de Oficio No. 779808 del 15 de diciembre de 2014 el MINTIC se pronuncia sobre el recurso presentado contra el Oficio No. 769125, indicando que no es procedente al tratarse de un acto de ejecución, sin embargo realiza las siguientes precisiones:

“Sin embargo, debe anotarse también que no es la Resolución 427 de 2014 el acto que genera la obligación de pago, pues, como lo establecen la misma resolución y la Resolución 449 de 2013, el hecho generador del pago es el uso del espectro radioeléctrico y, tal como se dispuso en ambos actos, la consecuencia de la disponibilidad en el uso del espectro es el pago por el mismo.

Es consecuencia con lo anotado son, en últimas, la certificación del Comité de Migración o del Comando General de las Fuerzas Militares los actos administrativos que generan la obligación de pago y no la Resolución 427 de 2014 por sí misma.”
(Fls. 33 a 38 CP1)

13. Mediante escrito del 15 de agosto de 2014, AVANTEL realiza la devolución de los Formularios Únicos de Recaudo - FUR con Nos. 168569, 168623, 168624 (con fecha de vencimiento del 14 de agosto de 2014) y 168625 (con fecha de vencimiento del 19 de agosto de 2014) emitidos por el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones por concepto de pago de contraprestaciones por el uso de espectro radioeléctrico, por considerar que aún no era exigible su pago pues no se encontraba en firme la Resolución No. 2627 de 2013 (Fls. 282 a 295 CP1).
14. El 10 de septiembre de 2014 AVANTEL realiza el pago del formulario FUR No. 168778 correspondiente a la autoliquidación por uso del espectro de conformidad con los certificados del Comité de Migración, según actas del 10 y 17 de junio, 15 y 18 de julio y 5 y 22 de agosto de 2014 (Fls. 298 a 300 CP1).
15. Mediante **Oficio No. 78462 del 23 de diciembre de 2014** mediante el cual se le liquidan a AVANTEL los intereses de mora por haber incurrido en una presentación y pago extemporáneo de los formularios de las liberaciones certificadas y además procede a liquidar y fijar el monto de las sanciones correspondientes por haberse realizado el pago sólo hasta el 10/09/2014. Finalmente, informa que remite los Formularios Únicos de Recado - FUR con fecha límite de pago 31/12/2014 para dar cumplimiento oportuno a dichos pagos liquidados. (Fls. 39 a 42 CP1)
16. El 29 de diciembre de 2014 AVANTEL realiza el pago de los formularios FUR Nos. 169406, 169407, 169408, 169409 y 169410 correspondiente a los intereses moratorios y las sanciones impuestas mediante Oficio No. 78462 del 23 de diciembre de 2014 por un valor total de SETECIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y SIETE MIL PESOS (\$765'577.000) (Fls. 314 a 317 CP1)
17. Se emiten las certificaciones de liberación de espectro 4G del Comité para la Migración de las Redes de la Fuerza Pública de fechas 10 y 17 de junio de 2014, 15, 18, 22 y 29 de julio, 5 y 22 de agosto, 16 de septiembre, 10 de diciembre

de 2014 (Fls. 318 a 364 CP1)

Conforme lo anterior, la Sala procederá a analizar la firmeza de los actos administrativos, y así poder determinar si la obligación de pago de las contraprestaciones por concepto del uso del espectro era o no exigible a la sociedad AVANTEL, así como también determinar si fue modificada unilateralmente por la entidad y requería el consentimiento de AVANTEL como concesionario titular de la licencia concedida.

En primer lugar, el procedimiento administrativo corresponde al instrumento de comunicación e interacción entre la administración y los ciudadanos cuando media un conflicto de intereses o se busca definir una situación jurídica determinada, el cual se edifica, no sólo como una forzosa antesala que debe agotar quien pretende resolver judicialmente un asunto de carácter particular, sino en un mecanismo de control previo por parte de las entidades con el fin de que tengan la oportunidad de revisar los argumentos fácticos y jurídicos frente a un asunto que posteriormente se ventilará dentro de un proceso judicial.⁹

De este modo, luego de haber agotado todas las etapas procedimentales establecidas en la ley la autoridad administrativa define la situación a través de un acto administrativo, el cual no adquiere firmeza sino hasta cuando cumpla uno de los requisitos establecidos en el artículo 87 del CPACA, el cual establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 87. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. *Los actos administrativos quedarán en firme:*

- 1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.*
- 2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.*
- 3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.*
- 4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.*
- 5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.”*

Es decir, la firmeza de los actos administrativos está supeditada a la interposición de los recursos que proceden frente a ellos como una forma de impugnar las decisiones de la administración para que esta tenga la oportunidad de revisarlas y

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Exp. 17001-23-33-000-2016-00082-01(2289-18), C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, providencia del 13 de febrero de 2020 *“Por su parte, la doctrina ha entendido el procedimiento administrativo como «una garantía de la adecuación de la actividad administrativo a criterios de objetividad y eficacia y, también, como una garantía del pleno respeto de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la administración pública.» Luciano Parejo Alfonso. Eficacia y administración. Madrid, 1995, Once - Gavitas, 2002, pp.793 y ss. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Compendio de Derecho Administrativo. Cit. Pp. 421.”*

decidir si las confirma, modifica o revoca. Por tanto, el carácter ejecutorio de los actos administrativos depende de que los mismos hayan adquirido esa firmeza, que se predica: i) desde el día siguiente al de su notificación, si contra ellos no procede ningún recurso; ii) desde el día siguiente a la notificación de la decisión de los recursos interpuestos; iii) desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o si se hubiere renunciado expresamente a ellos; iv) desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos; o v) desde el día siguiente al de la protocolización del silencio administrativo positivo.

Luego de encontrarse en firme y consecuentemente adquirir el atributo de ejecutoria, resulta obligatorio, exigible y ejecutable el acto expedido en observancia del procedimiento administrativo general, condición que se mantiene a menos de que sea anulado, bajo un juicio de legalidad debidamente adelantado por la jurisdicción, o que se configure en el caso alguna de las causales de pérdida de ejecutoriedad indicadas taxativamente en el artículo 91 del CPACA.

Frente a ese carácter ejecutorio de los actos expedidos por las autoridades, el artículo 89 de la Ley 1437 de 2011 establece:

“ARTÍCULO 89. CARÁCTER EJECUTORIO DE LOS ACTOS EXPEDIDOS POR LAS AUTORIDADES. Salvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato. En consecuencia, su ejecución material procederá sin mediación de otra autoridad. Para tal efecto podrá requerirse, si fuere necesario, el apoyo o la colaboración de la Policía Nacional.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

En esa medida, es claro que cuando el administrado opta por hacer uso de los recursos procedentes para controvertir un acto administrativo, es claro que busca que la Administración tenga la oportunidad de revisar sus propias decisiones con el objeto de revocarlas, modificarlas o aclararlas antes que el juez, con ocasión de un proceso judicial, deba estudiar su legalidad.

En ese orden de ideas, si los recursos fueron oportunos y reunieron las formalidades exigidas en los artículos 76 y 77 del CPACA, la administración los decidirá, y es precisamente el acto que resuelve el recurso de reposición o apelación, según el caso, con el que se da por concluida la actuación administrativa correspondiente y es en ese momento que pueden ser ejecutados o materializados los actos administrativos emitidos.

De igual forma, es claro que el carácter ejecutorio y la firmeza de los actos administrativos están sujetos a la posibilidad que tenga el administrado de conocer su contenido mediante una notificación, y se le garantice con ello la posibilidad de solicitarle a la autoridad que lo expide que revise su contenido u oportunidad.

Al respecto ha señalado el Consejo de Estado:

“Conforme al artículo 64 del Código Contencioso Administrativo, los actos administrativos que quedan en firme al concluir el procedimiento administrativo son suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar las actuaciones necesarias en orden a hacerlos cumplir. La firmeza de tales actos es indispensable para poderlos ejecutar aún contra la voluntad de los interesados.

Dicho de otro modo, la ejecutoriedad de los actos administrativos así contemplada, permite a la Administración imponerlos unilateralmente mediante las actuaciones pertinentes para ello y previa firmeza de los mismos o, en términos de la doctrina, de su carácter ejecutivo.

Según ello, la ejecutoriedad depende de la firmeza del acto y ésta, a su vez, de que el mismo sea oponible. La oponibilidad, por su parte, es producto de la publicidad de la decisión administrativa, la cual, en el caso de los actos particulares como los que imponen sanciones, se cumple con su notificación”.

Según lo anterior, los actos administrativos adquieren fuerza ejecutoria una vez quedan en firme, y esto supone que no pueden ser cuestionados por el sujeto a quien se dirigen, bien sea porque la posibilidad de impugnarlos se agotó sin que se hiciera uso de esta, o porque la impugnación fue resuelta en contra.”¹⁰ (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Conforme lo anterior, en el presente caso, se observa que mediante la Resolución No. 2627 del 26 de julio de 2013 el MINTIC otorgó permiso a AVANTEL SAS para el acceso, uso y explotación de 30 MHz de espectro radioeléctrico para la operación de servicios de radio comunicaciones móviles terrestres y allí mismo quedó establecida la obligación y forma de pago de las contraprestaciones por el uso del espectro, acto administrativo que fue objeto de recurso de reposición por parte de AVANTEL y resuelto mediante Resolución No. 4120 del 25 de octubre de 2013, notificada personalmente el 12 de noviembre de 2013 (Fl. 28 CAA), por lo que en virtud de lo dispuesto en el artículo 89 del CPACA, quedó en firme el 13 de noviembre de 2013 (Fl. 226 CAA).

Es decir, en principio la obligación de pago de las contraprestaciones en los términos de la concesión otorgada eran ejecutables y exigibles por parte del MINTIC a partir del 13 de noviembre de 2013, no obstante, la propia entidad mediante Resolución No. 427 del 6 de marzo de 2014 se modificó la Resolución No. 2627 de 2013, inclusive en lo relacionado con la forma y pago de las contraprestaciones (artículo tercero), y concediendo términos para interposición de recursos, lo que en efecto sucedió, ya que AVANTEL interpuso recurso de reposición que fue resuelto mediante la Resolución No. 1402 del 27 de junio de 2014, que a su vez modificó otros aspectos diferentes de la Resolución No. 2627 de 2013, por lo que concedió nuevamente términos para interponer los recursos de ley procedentes (Fls. 233 a 235 CP1), y nuevamente fue impugnada por parte

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 19 de abril de 2012, Exp. 17433, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

de AVANTEL SAS.

Para mayor ilustración, en lo que respecta a la forma y pago de las contraprestaciones las resoluciones 2627 de 2013 y 427 de 2014 establecen:

Resolución 2627 del 26 de julio de 2013 EJECUTORIA: 13 de noviembre de 2013	Resolución 427 del 6 de marzo de 2014 EJECUTORIA: 24 de diciembre de 2014
“ARTÍCULO SEXTO.- FORMA DE PAGO.- (...) <i>De acuerdo con lo anterior, la contraprestación económica por el derecho al uso del espectro asignado se pagará así: (...)</i> 2. <u>Dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a que el comité de migración certifique la liberación del recurso, se procederá a liquidar el valor a pagar por el uso de estos segmentos por el tiempo restante y a realizar el pago correspondiente por parte de Avantel S.A.S., con base en el valor ofertado en la subasta, indexado por el índice de Precios al Consumidor - IPC. A la fecha de pago efectivo (...).</u>” (Fls. 2 a 9 CAA) (Negrilla y subrayado fuera de texto)	“ARTÍCULO TERCERO. Modificar el numeral 2) del inciso segundo del artículo sexto de la Resolución 2627 del 26 de julio de 2013, el cual quedará así: 2) <u>Dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a que el comité de migración certifique la liberación del recurso o a que el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones manifieste por escrito a Avantel S.A.S. que ha recibido información del Comando General de las Fuerzas Militares sobre la implementación a satisfacción de la solución temporal, se procederá a liquidar el valor a pagar por el uso de esos segmentos por el tiempo restante y a realizar el pago correspondiente por parte de Avantel S A.S., con base en el valor ofertado en la subasta, indexado por el Índice de Precios al Consumidor – IPC, a la fecha de pago efectivo, de conformidad con la siguiente fórmula (...).</u>” (Fls. 227 a 229 CP1) (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Con ocasión de esa modificación a la Resolución 2627 de 2013, se tiene que la Resolución No. 427 del 6 de marzo de 2014, quedó en firme una vez fue resuelto el último recurso de reposición presentado a través de la Resolución No. 3125 del 5 de noviembre de 2014, la cual dispuso que contra dicho acto ya no procedía recurso alguno, decisión que fue notificada por aviso el 23 de diciembre de 2014 y por tanto quedó ejecutoriada hasta **el 24 de diciembre de 2014** (Fl. 246 CP1).

En ese orden de ideas, bajo la Resolución No. 2627 de 2013, AVANTEL debía cumplir con el pago de las contraprestaciones dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a que el Comité de Migración certificara la liberación del recurso, certificaciones que se emitieron a partir del mes de junio de 2014¹¹, no obstante, con la expedición de la Resolución 427 de 2014, sin que se hubieran emitido previamente esas certificaciones, se interrumpió no solo los presupuestos para realizar dicho pago, sino también el tiempo para hacer exigible su

¹¹ Se emiten las certificaciones de liberación de espectro 4G del Comité para la Migración de las Redes de la Fuerza Pública de fechas 10 y 17 de junio de 2014, 15, 18, 22 y 29 de julio, 5 y 22 de agosto, 16 de septiembre, 10 de diciembre de 2014 (Fls. 318 a 364 CP1)

cumplimiento dentro del tiempo establecido, en atención a la modificación efectuada en la Resolución 427 de 2014 y que no se encontraba en firme para el momento en que se expidieron esas certificaciones o cuando se realizó el pago por parte de AVANTEL (septiembre de 2014) inclusive.

Lo anterior, por cuanto la misma Administración a través de una modificación unilateral (Resolución 427 de 2014) a un acto administrativo que otorga un permiso y fija unas condiciones de pago de las contraprestaciones, que ya se encontraba en firme (Resolución 2627 de 2013), interrumpió dicha firmeza y por ende su ejecutoriedad, lo que implica que aunque AVANTEL ya tenía una seguridad jurídica sobre el acto que estaba en firme, el MINTIC de forma arbitraria modifica sus condiciones posteriormente, pretendiendo que no se altere la concesión inicial, para poder exigir el pago de las contraprestaciones en la forma inicialmente prevista, desconociendo que por su propia voluntad cambió las condiciones fijadas no solo frente al pago de contraprestaciones, sino también respecto de otras disposiciones adicionales que varía.

Respecto a la ejecutoriedad de los actos debe tenerse en cuenta que también comporta otros elementos como lo son las condiciones de firmeza, ejecutoria y ejecutividad, tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado, así:

“Respecto de la ejecutoriedad de los actos, entendida como la *facultad de la administración para hacer cumplir sus actos por sí misma*, se requiere que ostente las condiciones de firmeza, ejecutoria y ejecutividad.

Conforme con la normativa aplicable¹² y como lo ha expresado la Sala¹³: la **firmeza** atañe a que el acto administrativo «*sea **oponible** al administrado (en este caso al contribuyente)*», es «*producto de la **publicidad** de la decisión administrativa, la cual, en el caso de los actos particulares, como los que determinan tributos, se cumple con la notificación de los mismos (...), por lo que «si el acto administrativo no se notifica al interesado o se notifica indebidamente, no produce efecto jurídico respecto de él y, por tanto, no puede quedar ejecutoriado*».¹⁴

Frente a la **ejecutoria** de un acto administrativo «*necesariamente se parte del entendido de que dicho acto se notificó en debida forma al interesado y, por ende, se dio la oportunidad para que ejerciera el derecho de defensa y de contradicción interponiendo los **recursos** procedentes o los **medios de control** ante esta jurisdicción, para debatir la legalidad de dichos actos administrativos*»¹⁵.

¹² E.T. art. 829 en armonía con los arts. 87 a 92 del CPACA.

¹³ Sentencias del 30 de agosto de 2016, Exp. 20541, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez y del 26 de octubre de 2009, Exp. 16976, C.P. Héctor Romero Díaz.

¹⁴ Lo anterior se enmarca en el concepto de «*eficacia*» de los actos administrativos, que según la doctrina (Luis Enrique Berrocal Guerrero - Manual del Acto Administrativo, Sexta Edición, Librería Ediciones El Profesional Ltda., Pag. 137) es «*la aptitud jurídica que adquiere el acto administrativo para legitimar toda actividad formal o práctica que se adelante para su cumplimiento, sea por parte de quien lo expidió o del interesado o beneficiado por él. Esa aptitud resulta de una serie de condiciones o supuestos inherentes y posteriores a su nacimiento, tales como la presunción de legalidad o de legitimidad, la publicidad y la firmeza del mismo*».

¹⁵ Sentencia del 30 de agosto de 2016, Exp. 20541, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

Por su parte, la **ejecutividad** es la «*aptitud e idoneidad del acto administrativo para servir de título de ejecución*» y la **ejecutoriedad** se concreta en «*la facultad que tiene la administración para que por sus propios medios y por sí misma, pueda hacerlo cumplir*»¹⁶.¹⁷

De este modo, no se cuestiona que las propias entidades no puedan modificar sus propias decisiones, sino el hecho de que haya modificado su propia decisión, que cumplía con todas las condiciones de firmeza predicables de un acto administrativo, y pretendiera seguirlo haciendo oponible y ejecutable, a pesar de cambiarle las condiciones al administrado haciendo efectivas las certificaciones del Comité de Migración y exigir el pago de contraprestaciones dentro de los 30 días siguientes, aun cuando se encontraba en trámite unos recursos que resultaban procedentes para controvertir dichos actos y que hacían parte del ejercicio de los derechos de AVANTEL como destinatario de esas modificaciones.

Por lo anterior, esa posición privilegiada de la Administración en el marco de las relaciones con los particulares no puede dirigirse u orientarse a una actuación arbitraria, habida cuenta que su decisión puede ser sometida a enjuiciamiento judicial a efectos de controlar y examinar la presunción de legalidad que reviste su actuación.

Así lo ha considerado la Corte Constitucional:

*“[...] Este formidable privilegio de la administración, en la decisión y ejecución de sus actos, SIGUE SIENDO UN PRIVILEGIO PERO NO PUEDE SER ARBITRARIO PORQUE LA ADMINISTRACIÓN NO ES UN FIN EN SI MISMO SINO QUE ESTÁ AL SERVICIO DE LA COMUNIDAD y porque es de la esencia del Estado Social de derecho que se ejecute, sin dilaciones, [...]. Es decir, la AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA tiene un límite: la razonabilidad. La razonabilidad se aprecia en cada caso concreto, según la simpleza o complejidad del mismo, respetando por un lado la teoría de la AUTOTUTELA, y teniendo en cuenta por el otro aspecto que un retardo injustificado atenta contra la caracterización del Estado Colombiano, viola el principio de que las autoridades de la República están instituidas para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, [...] para lo cual las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones porque los servidores públicos están al servicio del Estado y la comunidad, de lo cual se infiere que la administración no es un fin en sí misma sino un medio para garantizar la efectividad de los derechos.”*¹⁸ (Negrilla y subrayado fuera de texto)

De manera que la seguridad jurídica que se desprende de la actividad de la administración también debe ser observada en el sentido de generar una garantía de certeza respecto de sus actuaciones para los administrados y que por supuesto

¹⁶ Sentencia del 12 de octubre de 2006, Exp. 14438, C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Exp. 66001-23-31-000-2010-00028-01(22239), C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, providencia del 21 de diciembre de 2018.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-260 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

se refleja en una decisión administrativa que no ha cobrado firmeza con ocasión de la interposición de los recursos habilitados para su reexamen, en el presente caso el de reposición, tal y como lo reconoce la Corte Constitucional al señalar:

“(...) 3. La seguridad jurídica es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales. La Corte ha señalado que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta. La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento. La seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente, sino que se predica de algo. Así, la seguridad jurídica no puede invocarse de manera autónoma para desconocer la jerarquía normativa, en particular frente a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos de las personas. En materia de competencias, la seguridad jurídica opera en una doble dimensión. De una parte, estabiliza (sin lo cual no existe certeza) las competencias de la administración, el legislador o los jueces, de manera que los ciudadanos no se vean sorprendidos por cambios de competencia. Por otra parte, otorga certeza sobre el momento en el cual ocurrirá la solución del asunto sometido a consideración del Estado. En el plano constitucional ello se aprecia en la existencia de términos perentorios para adoptar decisiones legislativas (C.P. arts. 160, 162, 163, 166, entre otros) o constituyentes (C.P. Art. 375), para intentar ciertas acciones públicas (C.P. art. 242 numeral 3), para resolver los juicios de control constitucional abstracto (C.P. art. 242 numerales 4 y 5). En el ámbito legal, las normas de procedimiento establecen términos dentro de los cuales se deben producir las decisiones judiciales (Códigos de Procedimiento Civil, Laboral y de seguridad social, penal y Contencioso Administrativo), así como en materia administrativa (en particular, Código Contencioso Administrativo)

(...) Al considerarse, en el ámbito de la certeza y estabilidad jurídica (seguridad jurídica), la existencia de precisos términos para que la administración o el juez adopten decisiones y el principio de conocimiento de las normas aplicables al caso concreto, se sigue que dichos términos fijan condiciones de estabilización respecto de los cambios normativos. De ahí que, durante el término existente para adoptar una decisión, la persona tiene derecho a que sean aplicadas las normas vigentes durante dicho término. No podría, salvo excepcionales circunstancias en las cuales opera la favorabilidad o por indiscutibles razones de igualdad, solicitar que se le aplicaran aquellas disposiciones que entren en vigencia una vez se ha adoptado la decisión. (...)”¹⁹.

En virtud de lo anterior, no le asiste razón a la demandada cuando apela a la firmeza de la Resolución 2627 de 2013 o a la exigibilidad de la obligación de pago de las contraprestaciones a partir de las certificaciones emitidas por el Comité de Migración, toda vez que ella misma interrumpió su exigibilidad cambiando las condiciones a través de un acto posterior, sobre el cual debe respetar los presupuestos de publicidad, agotamiento de recursos y ejecutoriedad, para poder hacer exigible no solo su cumplimiento, sino también el pago de intereses

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-502 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

moratorios y sanciones si es del caso, es decir, se volvió exigible y ejecutable solo hasta el 24 de diciembre de 2014, fecha en la que quedó en firme y ejecutoriada la Resolución 427 de 2014, como consecuencia de su propia voluntad.

Por ello, mientras los recursos sobre un acto administrativo se resuelven, sea que estos controvertan toda o parte de la decisión, la administración no puede ejecutar el acto controvertido de forma parcial hasta tanto no los decida, pues debe dar aplicación también al principio de autotutela o autocontrol en el examen de sus decisiones que son objeto de reproche, como posibilidad que le confiere la ley, y en esa medida, aunque la forma y pago de las contraprestaciones no fue objeto de recurso de reposición, las demás modificaciones adoptadas mediante ese mismo acto si fueron objetadas, por lo que tratándose de un mismo cuerpo integrado en la Resolución 427 de 2014, hasta que no quedara en firme con la emisión de la Resolución 3125 del 5 de noviembre de 2014 y se realizara su respectiva notificación, no podía ejecutar ninguna disposición, ya que el acto se predica como un todo y se ejecuta de la misma forma y no por articulados o fragmentos según sean objeto de reproche o no.

Ahora, no puede considerarse que se vulneró el artículo 97²⁰ de la Ley 1437 de 2011, pues allí se trata de la revocatoria de un acto administrativo y en el presente caso se presentó fue una modificación, por lo que no puede indicarse precisamente que sea aplicable esa disposición.

En consecuencia, adoptar los argumentos expuestos por la entidad demandada desconocerían no solo la normatividad procedimental de las actuaciones administrativas, sino también el aspecto de certeza que se predica de los actos administrativos, el cual se logra únicamente con su firmeza, que es lo que en definitiva da lugar al reconocimiento o negación de un derecho o a la definición de una situación jurídica y que en el presente caso, se pasó por alto por parte del MINTIC, al desconocer los efectos, firmeza y ejecutoriedad de sus propias decisiones y modificaciones a las condiciones fijadas para el pago de contraprestaciones de AVANTEL por la concesión otorgada.

Por las razones expuestas, es claro que el MINTIC no podía i) exigir el pago de las contraprestaciones económicas dentro de los treinta días después de emitidas las certificaciones del Comité de Migración, pues su propia modificación a la forma de pago no se encontraba en firme; ii) reclamar el pago de intereses moratorios por no efectuarse dicho pago, pues al no ser exigible, mal puede generarse intereses con base en un acto administrativo que no era ejecutable para el mes de junio de 2014, fecha en que se empiezan a emitir las certificaciones; y iii) sancionar por

²⁰ “**ARTÍCULO 97. REVOCACIÓN DE ACTOS DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO.** *Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular. (...)*” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

pago extemporáneo de las contraprestaciones a AVANTEL, pues es una consecuencia que se deriva de una obligación de pago incumplida y que como se vio, no podía ser oponible y exigible en contra de la sociedad demandante, dada su carencia de firmeza.

Por tanto, con la expedición del Oficio No. 78462 del 23 de diciembre de 2014 se desconocieron los artículos 79, 87 y 89 de la Ley 1437 de 2011 y en consecuencia, no había lugar al pago de intereses por mora ni a las sanciones impuestas por pago extemporáneo de las contraprestaciones derivadas del permiso otorgado mediante Resolución 2627 de 2013.

En conclusión, la Sala resalta que lo pertinente es declarar la nulidad del Oficio No. 78462 del 23 de diciembre de 2014, proferido por el Ministerio de Tecnologías de la información y las Comunicaciones, al haberse expedido con infracción a las normas en que debía fundarse, razón por la que no se analizarán los cargos invocados relativos a la violación a los principios de confianza legítima y *Nemo auditur propiam turpitudinem allegans*.

Así como ordenar el restablecimiento del derecho consistente en la devolución de cientos sesenta y cinco millones quinientos setenta y siete mil pesos (\$765'577.000), suma pagada el 29 de diciembre de 2014 por AVANTEL SAS al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones por concepto de Los intereses de mora y la sanción impuesta a través del acto administrativo demandado, cuya nulidad ha sido declarada en esta instancia (Fls. 314 a 317 CP1).

Cabe anotar, que en los términos de que trata el inciso final del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 *“la condena al pago o devolución de una cantidad liquida de dinero se ajustarán tomando como base el índice de precios al consumidor”*, así:

La indexación se obtiene mediante la aplicación de la siguiente fórmula financiera:

VR: $VH \times (IPC \text{ final (al momento de la ejecutoria de la sentencia)} / IPC \text{ inicial})$
Donde VR: es el valor a reintegrar, VH: corresponde al monto histórico, y el IPC: es el índice de precios al consumidor, tal y como lo ha establecido el Consejo de Estado²¹.

Es decir:

VR: $\$765.577.000 \times 105.36 \text{ (IPC mayo 2020)} / 82.47 \text{ (IPC diciembre de 2014)}$

VR: $\$765.577.000 \times (1,27755)$

VR: $\$978.062.896=$

3.6. Condena en costas:

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Exp. 68001-23-31-000-2008-00329-01(2284-13), providencia del 23 de marzo de 2017, C.P. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Según el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, y su liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso:

“Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”.

En virtud de lo anterior, en el artículo 365, numeral 1º del Código General del Proceso se señala que *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...).”*, por lo que resulta procedente la condena en costas en esta instancia y se ordenará la liquidación de las mismas por Secretaría de la Sección.

Al respecto, se torna pertinente traer a colación lo expuesto por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-157 de 2013:

“La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra”²².

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: INHIBIRSE de pronunciarse sobre los actos administrativos identificados como Oficio 000538 con Registro número 769125 del 6 de noviembre de 2014, Oficio 000597 con registro No. 779808 del 15 de diciembre de 2014 y Formularios Únicos de Recaudo de Contraprestaciones números 169406; 169407; 169408; 169409 y 169410, por tratarse de actos de ejecución no susceptibles de control judicial, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del Oficio No. 78462 del 23 de diciembre de 2014, proferido por el Ministerio de Tecnologías de la información y las Comunicaciones, por las razones expuestas en la motivación de esta sentencia.

²² Corte Constitucional, Sentencia C-157 de 2013, MP. Mauricio González Cuervo

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordena al Ministerio de Tecnologías de la información y las Comunicaciones, **REINTEGRAR** a favor de la empresa demandante, el valor de los intereses moratorios y las sanciones canceladas, debidamente indexada en los términos de ley. Suma que corresponde a **(\$978.062.896)** pesos MCTE.

CUARTO: CONDENAR en costas al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Por Secretaría proceder a liquidar las costas procesales de conformidad con lo dispuesto en el N° 1 del artículo 365 y 366 del Código General del Proceso, y en los términos señalados en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado



FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado



OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado